

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mtro. Roberto Zavala Chavero.

Septiembre 2015.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

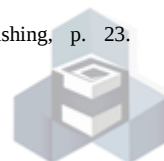
1.- Antecedentes.- 2.- La Contratación Pública en el Ámbito Internacional.- 3.- La Contratación Pública en los Estados modernos.- 4.- Los objetivos de la Contratación Pública.- 5.- Características de la Contratación Pública.- 6.- Principios de la Contratación Pública.- 7.- Ámbito de aplicación de la Contratación Pública.- 8.- Definición de Contrataciones Públicas.

1. Antecedentes.

La compra de bienes y servicios que realizan los organismos públicos para sus propios fines, constituyen un elemento esencial del funcionamiento del Estado, pues con tales insumos se permite a los entes gubernamentales suministrar diversos servicios públicos en cumplimiento de la fines para los cuales fueron creados y tiene por ende, repercusiones de primer orden para las principales partes interesadas de la sociedad. El uso eficiente de los recursos públicos se determina en buena medida por los sistemas de contratación pública y, en términos más generales, se refleja en la confianza pública, en los gobiernos y en la gobernanza.

La contratación pública se visualiza entonces como un importante aspecto del comercio internacional y tiene una considerable trascendencia económica tanto a nivel nacional como internacional; en países miembros de The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos -en español- (OCDE)¹, de la que México forma parte, representan al alrededor del 15% del Producto Interno Bruto (PIB) y en países no miembros este porcentaje se ve incrementado,

1 OCDE (2010). *Policy Roundtables: Collusion and Corruption in Public Procurement*. OECD Publishing, p. 23.
<http://www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf>



existiendo incentivos de las firmas a coordinarse de manera anticompetitiva y burlar los beneficios del libre mercado para obtener ganancias por este medio tan lucrativo.²

El cumplimiento a los -principios de transparencia y competencia justa y efectiva- que se traducen en una buena relación entre calidad y precio, acceso público a la información relativa a los contratos públicos, y oportunidades equitativas para la competencia de los proveedores de bienes y/o servicios del Estado tendientes a obtener contratos públicos, tendrán por resultado un sistema eficiente de contratación pública, sin dejar de mencionar que tales requisitos son igualmente pertinentes en el contexto internacional.

La contratación pública de bienes y servicios representa una parte importante del mercado de un país para los proveedores extranjeros, pero también es de gran importancia para las corrientes comerciales nacionales, así, los mercados de contratación pública son de interés para los proveedores extranjeros y nacionales.

2.- La Contratación Pública en el Ámbito Internacional.

En el pasado, en el ámbito internacional, la contratación pública quedó de hecho al margen de la aplicación de las principales normas comerciales multilaterales en el marco del GATT, General Agreement on Tariffs and Trade, conocido como Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -en español-; recordando que éste fue un convenio ideado durante la realización de la Conferencia de La Habana, que fue firmado con el objetivo de establecer pautas de contenido o alcance comercial, abarcando el comercio internacional de mercancías; dicha iniciativa se impulsó al término de la Segunda Guerra Mundial, con el propósito de regular la economía global; en su oportunidad, la Organización Mundial del Comercio (OMC) lo sustituyó el 1º de enero de 1995³.

2 Fiscalía Nacional Económica de Chile (2011). *Compras Públicas y Libre Competencia*. p.2. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011.pdf>

3 Organización Mundial del Comercio. > gatt. p.1.
http://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm



En el Acuerdo referido, negociado inicialmente en 1947 (GATT de 1947), la contratación pública se excluyó explícitamente de la obligación fundamental de trato nacional de conformidad con el párrafo 8 del artículo III y párrafo 2 del artículo XVII del GATT, que señalan:

“Artículo III *: Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores

...

8. a) *Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.*

b) *Las disposiciones de este artículo no impedirán el pago de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales, incluidos los pagos a los productores nacionales con cargo a fondos procedentes de impuestos o cargas interiores aplicados de conformidad con las disposiciones de este artículo y las subvenciones en forma de compra de productos nacionales por los poderes públicos o por su cuenta.”⁴*

“Artículo XVII: Empresas comerciales del Estado

...

2. *Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán a las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediata o finalmente por los poderes públicos o por su cuenta, y no para ser revendidos o utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta. En lo que concierne a estas importaciones, cada parte contratante concederá un trato justo y equitativo al comercio de las demás partes contratantes.”⁵*

4 Acuerdo de Marrakech: ANEXO 1A
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#articleIII_8

5 Acuerdo de Marrakech: ANEXO 1A
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#articleXVII_2



El tema de la contratación pública, es un tema que se buscó incluir a lo largo de los años en las normas de comercio acordadas internacionalmente, un primer esfuerzo lo realizaron los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En 1976, incluyeron por primera vez, como una importante cuestión en la Ronda de Negociaciones Comerciales de Tokio, abordar los obstáculos al comercio no consistentes en aranceles y de mejorar el sistema; pero también prosiguió los esfuerzos del GATT por reducir progresivamente los aranceles, en ése tenor, las reducciones arancelarias, escalonadas durante un período de ocho años, conllevaban un elemento de “armonización”: cuanto más elevado era el arancel, proporcionalmente mayor era la reducción. A consecuencia de ello, el 12 de abril de 1979, en Ginebra, se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981, y que abarcaba a las entidades de los gobiernos centrales y a la contratación de bienes únicamente⁶. En 1987 fue modificado, y esta nueva versión entró en vigor en 1988.

En paralelo con el Acuerdo de la Ronda Uruguay, se negoció una nueva versión del Acuerdo, en estas negociaciones se llegó a decuplicar su ámbito de aplicación, abriendo a la competencia internacional entidades de gobiernos centrales y locales cuyas compras ascienden en conjunto a varios cientos de miles de millones de dólares anuales. Extendió también su ámbito de aplicación a los servicios (con inclusión de los de construcción), a la contratación realizada por las entidades de los gobiernos subcentrales (por ejemplo, Estados federados, provincias, departamentos y prefecturas), y a la contratación realizada por empresas de servicios públicos. Tras estas negociaciones, el Acuerdo sobre Contratación Pública o Acuerdo plurilateral sobre Compras del Sector Público (ACP) se firmó en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994⁷, que entró en vigor el 1º de enero de 1996. Se reitera, se multiplicó el valor de la contratación abierta a la competencia internacional en el marco de sus normas, en comparación con el valor anual aproximado, registrado entre

6 Acuerdo sobre compras del sector público.

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tokyo_gpr_s.pdf

7 Acuerdo de la Ronda Uruguay

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/marrakesh_decl_s.htm



1990 y 1994, de 30,000 millones de dólares EE.UU. de contratación efectuada en el marco del Acuerdo de la Ronda de Tokio. El valor del comercio abarcado se ha incrementado considerablemente desde entonces debido al crecimiento económico, la inflación, y el aumento del alcance y del número de participantes en el Acuerdo. El 15 de diciembre de 2011 se adoptó en Ginebra, a nivel ministerial, una decisión política sobre los resultados de la renegociación del Acuerdo, que llevaba en curso más de diez años. Esta decisión fue confirmada el 30 de marzo de 2012, mediante la adopción formal de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA/113).⁸

“Artículo XXIV: Disposiciones finales

...

7. Exámenes, negociaciones y labor futura

a) El Comité examinará anualmente la aplicación y funcionamiento del presente Acuerdo habida cuenta de sus objetivos. El Comité informará anualmente al Consejo General de la OMC de las novedades registradas durante los períodos que abarquen dichos exámenes.

b) A más tardar al final del tercer año después de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, y posteriormente con periodicidad, las Partes entablarán nuevas negociaciones, con miras a mejorar el presente Acuerdo y a dar la máxima amplitud posible a su ámbito de aplicación entre todas las partes sobre la base de la mutua reciprocidad, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo V, relativo a los países en desarrollo.

c) Las Partes procurarán evitar el establecimiento o la prórroga de medidas y prácticas discriminatorias que distorsionen la contratación abierta y tratarán de eliminar, en el curso de las negociaciones previstas en el apartado

8 Contratación Pública: El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP)
La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm



*b) supra, las que sigan aplicándose en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.”.*⁹

Dos tercios de las Partes en el ACP debían presentar sus instrumentos de aceptación, sujeto generalmente a la conclusión de los procedimientos internos de ratificación, para que el Acuerdo entrara en vigor 30 días después, prescripción que se cumplimentó el 7 de febrero de 2014 al depositar Israel el décimo instrumento de aceptación del Acuerdo; consecuentemente entra en vigor el 6 de abril de 2014.

Así, la labor de la OMC, buscado maneras de abordar la cuestión de la contratación pública en el marco del sistema multilateral de comercio, se centra en tres principales esferas de trabajo, siendo: 1) El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP); 2) El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); y 3) El Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública.

2.1.- Naturaleza y contenido del acuerdo sobre Contratación Pública.

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), es el único acuerdo jurídicamente vinculante de la OMC que trata específicamente de la contratación pública, administrado por un Comité de Contratación Pública, está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, en su calidad de miembros tienen derechos y obligaciones.

El objetivo fundamental es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus Partes, es decir, tiene por finalidad abrir la mayor parte posible de esas operaciones a la competencia internacional. Está encaminado a aumentar la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relacionados con la

9 Acuerdo de Marrakech: ANEXO 4B
Acuerdo sobre Contratación Pública
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_02_s.htm#articleXXIV7



contratación pública y a garantizar que no protejan a los productos o proveedores nacionales, ni discriminen entre productos o proveedores extranjeros.

Como ya he señalado, es un acuerdo plurilateral porque en él no participan todos los miembros que son parte de la OMC, sin embargo adiciona los elementos siguientes:

- Para los proveedores de las Partes en el Acuerdo, trato nacional y no discriminación, con respecto a la contratación de los bienes, servicios y servicios de construcción abarcados establecidos en las listas de cada uno, resaltando que estas listas se integran de cinco anexos, los cuales tienen por objeto definir el alcance de las obligaciones de cada parte, existiendo además notas generales que aclaran los compromisos que se aluden en los anexos. El contenido de los anexos aludidos es el siguiente:
 - ✓ Anexo 1 figuran las entidades de los gobiernos centrales.
 - ✓ Anexo 2 figuran las entidades de los gobiernos subcentrales.
 - ✓ Anexo 3 figuran todas las demás entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones del Acuerdo.
 - ✓ Anexo 4 constan, mediante enumeración positiva o negativa, los servicios abarcados por el Acuerdo.
 - ✓ Anexo 5 constan los servicios de construcción abarcados.
- Transparencia y competitividad en procedimiento y proceso de contratación, en general, que no discrimine a los bienes, servicios o proveedores de otras Partes;
- Transparencia de la información relacionada con la contratación;
- Modificaciones y rectificaciones de los compromisos adquiridos relativos al ámbito de aplicación;



- Disponibilidad y naturaleza de los procedimientos internos de revisión para las impugnaciones de los proveedores;
- Aplicación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC en este ámbito;
- Adhesión al Acuerdo a otros Miembros de la OMC; y
- Compromiso de entablar nuevas negociaciones para el perfeccionamiento del Acuerdo, aclarando que las referidas negociaciones tenían tres objetivos: 1) su mejora y actualización considerando la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación; 2) ampliación del ámbito de aplicación del Acuerdo; y 3) eliminación de las medidas discriminatorias que continuaran aplicándose.¹⁰

En este sentido, el Comité de Contratación Pública adoptó dos decisiones sobre las modalidades para las negociaciones sobre la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las medidas y prácticas discriminatorias, así como otros aspectos de las negociaciones previstas en el párrafo 7 del artículo XXIV, ya antes invocado, decisiones conocidas como: (GPA/79) y (GPA/79/Add.1). Las negociaciones proyectadas a realizarse en el año 2006, también tenían por objeto facilitar la adhesión al Acuerdo de nuevas Partes, en especial países en desarrollo.

En razón de los elementos antes expuestos, actualmente el ACP es la principal herramienta que se utiliza entre los países participantes, para la realización del comercio internacional en los mercados de contratación pública, ello sin dejar de observar que también persigue otros objetivos vinculados con la buena gobernanza y el logro del máximo valor por el dinero invertido.

10 Contratación pública: El acuerdo plurilateral sobre contratación pública (ACP). La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm



Las decisiones adoptadas a nivel ministerial en diciembre de 2011 en Ginebra, y confirmadas en marzo de 2012, actualizando disposiciones considerando la evolución de las prácticas de contratación pública, particularmente la importancia de los medios electrónicos en el proceso de contratación; plazos más breves para la contratación de bienes y servicios disponibles en el mercado comercial; definición del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, esperando con eso facilitar la adhesión de tales países en el futuro; así como ampliando el ámbito de aplicación del Acuerdo, pues las Partes añadieron entidades adicionales; no solo se refieren al texto y al ámbito de aplicación del Acuerdo revisado, sino que también establecen los programas de trabajo futuros del Comité, lo cual significó que se había llegado a un acuerdo sobre todos los elementos de la renegociación y que el Acuerdo revisado podría entrar en vigor una vez que las Partes en el ACP depositaran sus respectivos instrumentos de aceptación (conforme a lo dispuesto en el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, y en las Disposiciones finales del Acuerdo).

Los miembros del Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública presentaron a la Conferencia Ministerial un informe en el que señalaron a la atención de los Ministros su decisión de prestar su apoyo y contribuir activamente a cualesquiera de los trabajos multilaterales sobre contratación pública que pudieran acordarse en Singapur, sin perjuicio de sus propias iniciativas para mejorar y ampliar el Acuerdo sobre Contratación Pública y alentar a más Miembros de la OMC a adherirse a él.

2.2.- Primera conferencia ministerial de la OMC, Singapur 1996.

Esta conferencia se celebró en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996, con la asistencia de los Ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de 128 gobiernos Miembros de la Organización Mundial del Comercio -de la que México forma parte desde el 1 de enero de 1995- y de los 30 países en proceso de adhesión a la misma organización. Estableció el Grupo de Trabajo encargado de realizar un estudio sobre la Transparencia de la Contratación Pública; órgano



multilateral, porque participan todos los miembros que la integran; en su transcurso se celebraron sesiones plenarias y diversas reuniones de trabajo con la finalidad de evaluar la aplicación de los compromisos contraídos en virtud de los Acuerdos y decisiones de la OMC y examinar la evolución del sistema de comercio mundial con la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay; revisar las negociaciones en curso y el programa de trabajo. Fue el encargado de realizar un estudio sobre la transparencia de las prácticas de contratación pública, teniendo en consideración las políticas nacionales y, sobre la base de él, elaborar elementos para su inclusión en un acuerdo apropiado.

Como notas relevantes de la conferencia se consideraron: políticas de competencia, diferencias en el marco de la OMC, el comercio y el medio ambiente en la OMC, servicios financieros y contratación pública.

Por cuanto hace a la contratación pública, el Grupo de Trabajo desarrolló y estudió seguidamente 12 cuestiones (los denominados 12 puntos de la 'Lista recapitulativa de cuestiones del Presidente' relativas a un posible acuerdo sobre la transparencia de la contratación pública, que abarca lo siguiente:

- i). Definición de contratación pública y el ámbito de aplicación de un posible acuerdo;
 - I. Definición y alcance
- ii). Negociar un acuerdo encaminado a garantizar la transparencia y la equidad de los procedimientos de contratación pública;
 - I. Métodos de contratación.
 - II. Publicación de información sobre la legislación y los procedimientos nacionales.



- III. Información sobre oportunidades de contratación, presentación de ofertas y calificación.
- IV. Plazos.
- V. Transparencia de las decisiones en materia de calificación.
- VI. Transparencia de las decisiones sobre adjudicación de contratos.
- VII. Otras cuestiones relacionadas con la transparencia:
 - Mantenimiento de un registro de actuaciones,
 - Idioma,
 - Tecnología de la información,
 - Lucha contra el soborno y la corrupción,
 - Información que ha de facilitarse a otros gobiernos.

iii). Mecanismos de observancia de un posible acuerdo; y

- I. Procedimientos nacionales de recurso.
- II. Procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

iv). Cuestiones relacionadas con los países en desarrollo

- I. Cooperación técnica y en particular la función del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.¹¹

El Acuerdo tiene 28 signatarios. Consta de dos elementos: normas y obligaciones generales, y listas de las entidades nacionales de cada país signatario cuya contratación está sujeta al referido Acuerdo. Gran parte de las normas y obligaciones generales se refieren a los procedimientos de licitación.

¹¹ Contratación pública: Panorama General

Panorama general de la labor de la OMC en materia de contratación pública

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm#_edn5



El Acuerdo es aplicable a los contratos de un importe superior a determinados valores de umbral. En el caso de las contrataciones de bienes y servicios efectuadas por entidades del gobierno central, el umbral es de 130.000 DEG (unos 185.000 dólares EE.UU. en junio de 2003). En cuanto a las realizadas por entidades de los gobiernos subcentrales, el umbral varía, pero por regla general se sitúa en torno a los 200.000 DEG. En el caso de las contrataciones de bienes y servicios efectuadas por empresas de servicios públicos, el umbral es en general del orden de los 400.000 DEG y cuando se trata de contratos de construcción es generalmente de 5 millones de DEG.

3.- La Contratación Pública en los Estados modernos.

Cada vez más en los Estados modernos la provisión de bienes y servicios públicos se realiza acudiendo al sector privado, sin que estén obligadas las administraciones en proveerlos directamente; en algunos casos, las constituciones más modernas reconocen en el Estado solamente un rol subsidiario en la provisión de ellos para los ciudadanos.

En efecto, desde administraciones tradicionales que eran dueñas de grandes empresas públicas que proveían bienes o servicios de electricidad, transporte, telefonía, etc. y con ministerios encargados directamente de proporcionar servicios de salud, educación o construir obras públicas, hoy se está pasando, de forma acelerada a contratar esos bienes y servicios con empresas privadas encargadas de proveerlos directamente, siendo unas veces financiados directamente por la administración y en otras por los usuarios que los utilizan, de este modo el Estado ha ido sustituyendo su rol de proveedor hacia un rol de regulador. No significa ello que los bienes o servicios hayan perdido el carácter de públicos, por el contrario, en la actualidad existe una mayor preocupación por parte de las administraciones por reconocer ciertos derechos de uso y utilización de bienes y servicios a todos los ciudadanos, es decir, la universalidad de la provisión es hoy un principio perseguido por los Estados más que en el pasado, dado el incremento de satisfacer diversas necesidades a través de programas sociales, lo que ha cambiado es simplemente la forma en que las



administraciones públicas encaran esta función, preocupándose precisamente por el acceso universal, por la calidad de los bienes y servicios provistos.

Por consiguiente las obligaciones de los Estados consisten en regular el suministro o prestación de dichos bienes y servicios, subsidiar al sector privado en determinados casos en que no tiene rentabilidad suficiente y fiscalizar que efectivamente se cumplan las finalidades públicas.

En algunos supuestos los Estados están optando por privatizar directamente las empresas estatales que proveían desde la misma administración el bien o servicio público. Este es el caso, en muchos países, de las empresas sanitarias que proveen el servicio de agua potable y alcantarillado, electricidad, telefonía o telecomunicaciones en general. Para asegurar el acceso universal suelen establecer subsidios que se canalizan a través de la oferta, es decir, son pagados directamente a la empresa privada que ofrece el servicio -por ejemplo en Chile se subsidian a las empresas de telefonía para que establezcan este servicio en localidades rurales aisladas que en principio no tendrían rentabilidad económica suficiente-, o a la demanda, otorgando determinados tipos de subvenciones relacionadas con los menores ingresos de determinadas personas, para que puedan acceder al servicio -en Chile se subsidia así el agua potable-.

Determinados servicios que no tienen naturaleza monopólica pero habían sido provistos de esta forma por el Estado con anterioridad, ahora están siendo des-regulados para que el mercado ofrezca mejores alternativas para los ciudadanos. Así ha ocurrido con el transporte, fundamentalmente el transporte urbano, aunque ha traído graves consecuencias desde el punto de vista de la contaminación o congestión en las ciudades. De todas formas el espíritu de este tipo de desregulaciones es parecido al anterior y consiste en que el bien o servicio que puede ser provisto directamente por el sector privado no tiene por qué serlo por el Estado.



Otros servicios, que son provistos a través de bienes nacionales de uso público o en los que la libertad de mercado puede provocar externalidades que no son deseables desde el punto de vista de la finalidad pública, se opta por concesionarlos. Hoy en día son varios los países de América Latina que han decidido emprender ambiciosos planes de concesiones viales portuarias y aeroportuarias, los cuales han tenido gran éxito en Chile y Colombia sin perjuicio de no ser ajenos en los demás países latinoamericanos. A través del sistema de concesiones, se encarga al sector privado construir nuevas vías o aeropuertos o mejorar las existentes permitiéndose que recupere su inversión a través de tarifas cobradas a los usuarios.

El Estado sigue siendo hoy en día proveedor directo de muchos bienes y servicios. En materia de bienes, la infraestructura sigue siendo construida todavía en gran parte por los Estados, cuando no ha podido ser concesionada por no tener suficiente rentabilidad privada o porque todavía no se hayan emprendido este tipo de planes en algunas administraciones. Sin embargo actualmente los Ministerios de Obras Públicas difieren de aquellos en los que trabajadores y maquinaria pertenecían al Estado, ya que se contrata directamente la construcción de la obra y hasta su conservación al sector privado.

En cuanto a los servicios, aunque algunos sean todavía estatales, las administraciones no producen directamente los bienes que son necesarios para ello, sino que los contratan con terceros.

La provisión de todo tipo de insumos para las administraciones públicas es hoy en día un gran negocio del sector privado, incluso en materia de funcionarios se está experimentando la intervención del sector privado. En efecto, una nueva modalidad de contratación de trabajadores para el sector público consiste en que estos sean provistos por empresas privadas, no adquiriendo así el carácter de funcionarios públicos. En algunos países se ha introducido la intervención, a través de distintas modalidades contractuales, de los privados en los sectores más tradicionales como la salud, la educación y la prestación de la defensa penal, todos ellos servicios que clásicamente han sido provistos por funcionarios públicos.



Por último existen servicios tradicionalmente privados donde al Estado no le interesa intervenir directamente sino indirectamente como ente regulador. La razón fundamental de tal intervención es el carácter monopólico de dichos servicios o la necesidad de que se conviertan en monopolios porque el normal funcionamiento del mercado implica una serie de externalidades que el Estado no está dispuesto a seguir manteniendo; en estos casos el Estado también puede recurrir a las licitaciones públicas -un ejemplo de ello son las licitaciones de servicio de transporte urbano que se están implementando en muchos países para establecer condiciones del servicio y asegurar su prestación en condiciones de óptimo social-.

Así, si hablamos de privatizaciones, concesiones, construcción de obras públicas, compra de insumos, selección la empresa a la que se va a subsidiar para que ofrezca un servicio no rentable desde el punto de vista privado, etc., el Estado tiene siempre que resolver el dilema de seleccionar al privado más idóneo para celebrar el contrato de forma que resulte en las mejores condiciones para el propio Estado que elige, dichas condiciones tienen que ver fundamentalmente con condiciones económicas, pero también con condiciones técnicas.

Aunque existen varias formas y procedimientos de selección, no cabe duda que la licitación pública sea la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la comunidad.

Aunque la licitación pública es el procedimiento idóneo por el que va a ser seleccionado el privado que va a contratar con la administración, la documentación licitatoria tiene que satisfacer las condiciones de contratación; es decir de las normas por las que luego se regirá el contrato por todo el tiempo que dure, por las condiciones técnicas del contrato, así como por las condiciones económicas.

Dependerá de las estructuras legales de cada país, todo este conjunto de condiciones o normas propias para la selección y suscripción del contrato propiamente dicho, pues pueden estar estructuradas en el mismo documento o separados.



4.- Los objetivos de la Contratación Pública.

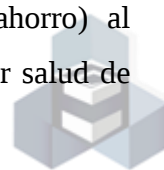
Desde tiempo atrás existen constantes preocupaciones sobre la forma de mejorar la contratación pública, por un lado, se considera que debe tratarse de procesos más transparentes, ya que constituye –según la OECD- el punto de contacto más significativo entre el sector privado y el sector público, lo que facilita un ambiente de corrupción. Con dotarla de transparencia no sólo se busca coadyuvar al control de las prácticas corruptas sino que también se persiguen otros objetivos como son: promover la igualdad y la no discriminación entre los proveedores, facilitar la participación de contratistas que no están habituados al funcionamiento del sistema y sus procedimientos, ampliar la base de oferentes y proveedores del Estado, mejorar el proceso de toma de decisiones de la administración contratante, exponer al público y al escrutinio social la gestión de la administración, promueve el cumplimiento de las reglas de juego haciendo más predecibles los resultados de los procesos de contratación.

Adicionalmente, la globalización y la eliminación de barreras comerciales para la contratación pública han obligado a los países a hacer más transparentes sus procesos y reglas sobre contratación pública, permitiendo que los oferentes y proveedores extranjeros puedan participar en esa actividad. La creación de un mercado común, -multilateral, como lo llama la Organización Mundial del Comercio- depende necesariamente de los gobiernos y la disciplina que tengan en las fases de preparación, selección y ejecución de sus contratos públicos de forma y en ambientes transparentes a nivel transnacional. La creación del Grupo de Trabajo sobre Transparencia en Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Contratación Pública, el TLCAN -Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México-, el Grupo de Negociación sobre Compras del Sector Público GNCSP del ALCA -Área de Libre Comercio de las Américas-, el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos con la Comunidad Andina, el Comité Técnico sobre Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad del MERCOSUR, son algunos ejemplos de iniciativas y grupos de trabajo que apuntan a la integración de un mercado transparente de contratación pública.



Es conocido que en ocasiones la actividad contractual pública “desperdicia” grandes cantidades de presupuesto, a diferencia de los contratos entre particulares, los de la administración pública tienen que seguir procedimientos más complejos, que agotan etapas a las que se asocian costos de transacción que no están presentes en los procesos de contratación común y que terminan encareciendo los bienes y servicios que debe adquirir para cumplir sus funciones públicas; esos costos, adicionalmente se multiplican entidad por entidad, pues la falta de procesos estandarizados, la ausencia de colaboración entre ellas, la inexistencia o dispersión de la información obliga a que cada entidad tenga que llevar a cabo gestiones individuales y asumir su costo. También es lugar común en la política legislativa de los países, alojar en las normas generales sobre contratación pública, viciosamente, la idea de que “más control – igual- más transparencia”, con el temor y la tal vez fundada creencia de que la única forma de contar con un sistema de adquisiciones públicas transparente debe partir de un sinnúmero de prácticas de control, supervisión y vigilancia de los procesos de contratación; dicha creencia de control excesivo, atenta lastimosamente contra la debida eficiencia que debe estar presente en las contrataciones públicas, esa misma que debe ir de una autonomía funcional del gestor público contractual y de un ambiente de confianza mutua entre la oferta y la demanda de bienes para el sector público. El sacrificio de la eficiencia por la transparencia, aumenta el desperdicio público en su gestión de aprovisionamiento, incrementando los costos de transacción que debe asumir de suyo, y también los que deben enfrentar quienes quieren venderle, prestarle un servicio o construirle una obra al Estado.

Reducir esos costos del proceso de contratación y bajar el precio de los bienes y servicios adquiridos es una meta común en todos los países y varios de ellos lo están lográndolo a través de distintas modificaciones a sus esquemas de adquisiciones que apuntan a mejorar la fase de selección del proveedor y simplificar las tareas asociadas a los procedimientos, aquí menciono algunos casos con un considerable impacto económico: Corea logró ahorrar 2.5 billones de dólares al crear un sistema de contratación pública electrónica que le costó 26 millones; el Reino Unido ahorró 3 billones de libras esterlinas (3.6% de ahorro) al implementar mejores prácticas en procesos de contratación complejos, y el sector salud de



Guatemala logró ahorrar 43% en el año 1999 al cambiar las exigencias de especificaciones técnicas en la adquisición de medicamentos.

Reducir el tiempo que debe transcurrir entre el momento en que el gobierno identifica una necesidad y la satisface a través del contrato que celebra con el particular, también constituye un forma de hacer más eficiente el proceso de contratación. La introducción de mecanismos de convenios marco ha apuntado a ese propósito, no solo en cuanto a lograr hacer más corto el tiempo para el aprovisionamiento, sino también al reducir el costo de la adquisición de los bienes o servicios; así, los acuerdos marco permiten en una sola ocasión incurrir en los costos que supone la evaluación de los proveedores, el diseño de las bases o documentos de contratación y de las condiciones de los contratos futuros, lo cual evita incurrir en la repetición de tales gastos, en los que indefectiblemente se incurriría si cada compra se contratase por separado.

Finalmente, al lado de la transparencia y la eficiencia, la reformulación de los sistemas de contratación pública quiere acentuar su potencialidad como instrumento para fomentar el desarrollo. Por lo menos en los países en vías de desarrollo, gran parte de las empresas locales dependen de las oportunidades de negocio que los gobiernos ofrezcan, algunos incluso, encuentran en el gobierno un cliente potencial. La contratación pública es una herramienta que puede promover la participación en la economía de empresas pequeñas y nacientes, y direccionar los negocios hacia sectores económicos que merecen apoyo del gobierno para emerger y/o fortalecerse.

Esta aproximación sin embargo no es exclusiva del mundo en desarrollo; en efecto, el Small Business Act de los Estados Unidos busca reservar una sección del mercado de contratación pública a sus pequeñas empresas tratando de impulsar su inserción a la actividad económica, al tiempo que ampliar sus niveles de competitividad y crecimiento; a su turno, la protección de las pequeñas y medianas empresas forma parte del paquete de directivas de la Comunidad Europea sobre la materia.



Estos tres objetivos señalados, transparencia, eficiencia y desarrollo económico suelen estar en las agendas de todos los países que buscan la modernización de sus sistemas de compras y adquisiciones públicas, al lado de esos objetivos, no es extraño encontrar que como parte de esa estrategia de modernización se encuentre la gradual incorporación de tecnologías de la información y la comunicación. Los gobiernos, están enfocándose a un cambio institucional que, a través del uso de las TIC's, les permita acercar al ciudadano, mejorar los procesos democráticos, proveer servicios públicos de más calidad, masificar la información que producen y ponerla a disposición de los ciudadanos y las empresas. La introducción de las TIC's a la gestión pública, como motor de cambio y de reinvención de la forma de llevar a cabo sus labores en beneficio de los ciudadanos y la comunidad, se denomina en varias esferas “gobierno electrónico”.

Cuando el gobierno electrónico permea la contratación pública, modernizando los procesos, generando publicidad sobre las oportunidades de negocio con los Estados, agilizando y acortando los tiempos que toma el proceso administrativo contractual, bajando los precios de los bienes y servicios adquiridos, nos encontramos frente a un emergente concepto: contratación pública por medios electrónicos, o, según su sigla en idioma inglés eGP (electronic government procurement). Es deber de los Estados no desaprovechar los beneficios que puede derivarse del uso de las tecnologías en la contratación pública, así se anunciaba hace casi treinta años –incluso antes de que apareciera el Internet-, cuando un autor español precisaba: *“...cabe exigir más a la política contractual del Estado: obtener por la vía del contrato, una reducción de los costes de producción de las obras, bienes y servicios en beneficio de la economía nacional. Y la reducción de los costes es la meta perseguida por el desarrollo tecnológico e industrial, esto es, la productividad del sistema.”*¹²

12 MONEDERO GIL, José Ignacio, Doctrina del Contrato del Estado. Estudios de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 1977.



Este material entre otros aspectos aporta una propuesta teórica para la modernización de la contratación pública a través de la incorporación del uso de las tecnologías de información y comunicación, especialmente Internet, y es el resultado de haber evaluado los sistemas, normatividad, prácticas, contexto y desarrollo de los sistemas de contratación pública de toda Latino América y el Caribe.

5.- Características de la Contratación Pública.

5.1.- Relación de colaboración entre el Estado y el particular.

El contrato estatal puede ser entendido como instrumento de colaboración entre el sector público (que debe satisfacer las necesidades colectivas), y el sector privado, que por su especialización y profesionalidad, está en condiciones de solventar los requerimientos que dichas necesidades exigen o que no puede alcanzar de manera individual. La tendencia hacia el uso del contrato por parte de la administración, representa el paso de un sistema político autoritario a uno que reposa sobre el acuerdo de voluntades e impone la cultura de la negociación con los particulares.

La administración ya no busca imponer su voluntad para alcanzar sus fines, ahora discute con los particulares la vía para hacerlo contando con su participación y colaboración. Al decir del profesor Monedero Gil¹³: (...) si la Administración precisa un terreno privado para construir una obra pública no debe poner en marcha el instrumento de la expropiación cuando puede adquirirlo a su precio justo mediante compraventa. Si la Administración demanda bienes y servicios que preexisten en el mercado no es racional ni justo que irrumpa coactivamente, rompiendo las leyes de la economía de competencia, cuya defensa es uno de los soportes mismos de la filosofía sobre la que aquella se asienta.

¹³ Ídem.



Por lo tanto, hay más compromisos recíprocos y prestaciones equitativas de esas partes que actúan como dos socios para la consecución de los objetivos del interés público. El contrato es la manera en que se traducen los acuerdos de voluntad y se consignan aquellos a los que llegaron las dos partes.

En ese sentido, el particular que contrata con la administración no es un co-contratante común, sino por el contrario “un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aún actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas comitentes”.

Al contratista ya no debe vérselo como a un adversario sino como un colaborador cuyos intereses no son opuestos a los de la administración, sino concordantes, y cuya participación en ese acto jurídico bilateral se sustenta en los beneficios que dimanar a favor de los partícipes (contratista y entidad contratante) de un mercado de libre competencia, en el rigor del comportamiento que implícitamente eleva la idea de contrato, en la racionalidad de costo que impone al consumo público y, en fin, por ser el procedimiento más respetuoso con la seguridad jurídica y la libertad económica de los ciudadanos.

Esos beneficios de un modelo de colaboración se equilibran con un esquema de responsabilidades: para el co-contratante, implica actuar con la mayor diligencia y aptitud técnica, y para la administración, el deber de acudir al auxilio del contratante siempre que éste lo requiera durante la ejecución del contrato.

En ese sentido, una carga adicional impuesta al contratista, tendría el efecto no sólo de desequilibrar el contrato en su contra, sino de vulnerar el principio de “equilibrio ante las cargas públicas”, de tan cara significación en las democracias liberales.



5.2.- Relación de desigualdad entre las partes

No obstante lo anterior, esa relación de colaboración puede convertirse en una de carácter desigual cuando se presentan divergencias en los propósitos que persigue cada una de las partes o cuando la ejecución del contrato anuncia una afectación a la correcta ejecución del mismo.

En la práctica, esto implica que el Estado deba conservar ciertas prerrogativas frente al contratista particular las cuales le permiten ejercer una capacidad más amplia de decisión y de dirección, algunas veces de forma consensuada, y otras, de forma unilateral. Esa relación que nace paritaria, se ve modificada cuando el *jus imperium* obra en defensa y protección del interés público que subyace al convenio acordado.

Esto no quiere decir que el contratista se encuentre desprotegido, puesto que en la contratación también hay garantías para el contratista, y aparece un equilibrio en esta relación.

Por un lado, el Estado cuenta con las “cláusulas exorbitantes” de interpretación, modificación del objeto, caducidad, resolución del contrato y liquidación. Igualmente está facultado para dar órdenes e instrucciones al contratista que se manifiestan en el *ius variandi*, con el que la administración introduce las modificaciones al contrato que se requieran en orden a realizar la mejor gestión del interés público. Por otro lado, al contratista se le permite demandar a la administración el restablecimiento del equilibrio económico cuando quiera que por causas internas o externas al contrato se vea afectada su expectativa de ganancia.

5.3.- Regulación detallada de la selección del contratista.

Debido a que el contratista colaborador de la administración es quien va a actuar de manera interpuesta por la administración, uno de los puntos más críticos en la



contratación es su selección. En la contratación pública se hace particular énfasis en esta etapa puesto que la administración debe asegurar que dentro de los posibles candidatos sea escogido aquel que pueda cumplir de la mejor manera los objetivos de la contratación. En la mayoría de los países se utiliza un sistema que permita por un lado, la mayor participación posible de candidatos, con el fin de que todos aquellos particulares interesados en contratar con la administración tengan la opción, y por otro lado, que permita hacer una evaluación exhaustiva de sus condiciones ofrecidas. Este carácter abierto, público y con una definición previa de los criterios que va a aplicar la administración, la obliga a actuar con transparencia y ceñirse a los criterios fijados por ella misma y de esta manera asegura al contratista la imparcialidad de la administración en su selección y un tratamiento igualitario respecto de los demás competidores. Adicionalmente, las reglas del procedimiento de selección se establecen para que los recursos públicos sean ejecutados con probidad y razonabilidad, protegiendo así los dineros de los contribuyentes y elevando cortapisas ante los intereses privados de los funcionarios ejecutores.

5.4.- La licitación pública como regla general.

En la mayoría de los países se utiliza el sistema de licitación pública, es decir, un proceso administrativo por el cual la administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará la que otorgue más ventajas para el Estado, perfeccionándose la relación a través de la suscripción del contrato.

Este parece ser el método más idóneo puesto que garantiza una amplia participación de los particulares interesados en contratar con la administración y por su carácter abierto y público obliga a la administración a actuar con transparencia y a ceñirse a los criterios fijados por ella misma, asegurando de esta manera al contratista la imparcialidad de la administración.



Por su parte la UNCITRAL¹⁴ en la Guía para la incorporación al derecho interno de su Ley Modelo ha enunciado como rasgos característicos de la licitación los siguientes: como regla general, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los bienes, de las obras o de los servicios objeto del contrato a fin de que los proveedores o contratistas puedan preparar sus ofertas sobre una misma base; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la oferta ganadora (por ejemplo el precio únicamente, una combinación del precio y de algunos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de las ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado.

La licitación entonces, obra en principio, como el instrumento para seleccionar la propuesta más ventajosa para la administración, sin embargo, la visión sobre cuál es la propuesta más ventajosa para la administración ha ido variando con el tiempo, para dar paso a una que pretende distinguir tanto los métodos de selección como los criterios de calificación, en atención al objeto a contratar; esta circunstancia se evidencia en la evolución de los procesos de selección servicios de consultoría, donde se invierte la preponderancia de los factores de selección para privilegiar siempre el de la calidad sobre el del precio, así como en la aparición de procesos de selección exclusivamente a precio, cuando se trata de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de uso común.

En algunos países, se precisan contratos que realiza la administración y que están excluidos del procedimiento licitatorio, pero estas excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva. Cuando el procedimiento licitatorio no es utilizado, la

14 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Consulta realizada el 21 de julio de 2015, a la página www.uncitral.org/uncitral/index.html



administración recurre a formas de invitación restringida de oferentes, a procesos semi-licitatorios abreviados, o a la contratación directa, las cuales por lo general obedecen a algunas reglas básicas que procuran informar esos procedimientos con los principios generales aplicables a toda contratación con dineros públicos.

Otros procedimientos de contratación, como los convenios marco, las compras por catálogo y las subastas han venido incorporándose gradualmente tras la modernización de los sistemas de adquisiciones de los países.

5.5.- Instrumento para el desarrollo

Como se anunciaba, al lado de la satisfacción de un interés público a través de la celebración de un contrato, los estados pueden pretender alcanzar fines ulteriores de política macroeconómica. Al modelo jurídico de selección del mejor contratista de forma objetiva, concurrencial, transparente y eficiente, subyace entonces la identificación de los objetivos que el Estado busca lograr en otros órdenes, piénsese aquí por ejemplo en el impacto que puede tener el uso de la demanda agregada pública para incentivar la producción regional o para incorporar al mercado a sectores vulnerables de la población o para apoyar la formación y desarrollo de pequeñas empresas.

6.- Principios de la Contratación Pública.

A la par con el desarrollo del concepto de la contratación pública han sido decantados unos principios rectores que son la base que sustenta todos y cada una de los procedimientos que van a llevarse a cabo dentro del sistema de la contratación pública, estos sirven de guía para la administración y para el particular co-contratante sobre cuál debe ser su comportamiento durante todas las fases de la contratación y van a materializarse en actos de la administración que componen el procedimiento de la contratación pública. Ellos son:



Transparencia. Un sistema normativo de contratación pública debe contar con unas prácticas administrativas que generen previsibilidad para los posibles contratantes, que les permitan evaluar los costos y riesgos del contrato y que posibiliten la más amplia competencia posible. Este principio también se puede manifestar en la promoción de una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Igualmente es una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante.

La transparencia en la fase pre-contractual permite que todos los participantes interesados en la contratación puedan conocer y comprender los mecanismos por medio de los cuales los contratos van a ser adjudicados y administrados, y la manera como se han aplicado en desarrollo de un proceso cualquiera. Esto implica: 1) Que existan procedimientos y regulaciones claras, definidas y expuestas a la evaluación pública. 2) Pliegos claros y estandarizados elaborados por la administración. 3) Documentos licitatorios que contengan toda la información necesaria. 4) Informes de evaluación y actos de adjudicación motivados. Para lo anterior el Estado debe usar todos los mecanismos de publicidad para poner a disposición de los interesados la información relacionada con el proceso que se pretende adelantar. En esa línea, las jurisdicciones utilizan, entre otros, los siguientes métodos de publicidad: a. Divulgación en prensa, que pasa por el uso de diarios oficiales o privados, publicaciones en periódicos, en formatos físicos y electrónicos, con variados alcances a nivel geográfico. b. Uso de carteleras públicas de libre acceso a los ciudadanos interesados para difundir invitaciones a participar. c. Elaboración de publicaciones y boletines oficiales o privados que se distribuyen gratuitamente en los círculos empresariales. d. Remisión de invitaciones, físicas y electrónicas (e-mails, mensajes de texto, faxes) a participar en procesos de contratación. e. Uso de portales de Internet propios de cada organismo contratante, o, portales únicos que centralizan la información, e incluso, portales transfronterizos (UNDB-United Nations Development Business y dgMarket usados masivamente por los bancos multilaterales).



En la fase contractual, la transparencia rodea de garantías la administración del dinero público y le da a la ciudadanía un arma de gran valor en la veeduría que propenda por verificar la correcta ejecución de los contratos y la satisfacción de las necesidades públicas. Ello supone: 1) Etapas y productos definidos en cada fase de la ejecución contractual. 2) Clausulado común uniforme en relación con las obligaciones de los contratistas y, 3) Informes de supervisión y/o interventoría puestos a disposición de la ciudadanía, en relación con el cumplimiento del contrato, tanto de manera parcial como definitiva.

Equidad. Un marco legal equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos, e incluso contrapuestos de la autoridad pública y de los contratistas y debe tratar de compaginarlos de manera justa. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, así como la responsabilidad de la autoridad pública que en orden a asegurar la regularidad de los bienes y servicios y su papel en la promoción del desarrollo son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

Este principio también implica que debe haber las mismas oportunidades para todos los participantes en el proceso de la contratación, lo cual implica que las reglas que van a ser aplicadas como base para tomar las decisiones sean generales, impersonales, conocidas por todos y aplicadas a todos los participantes de manera igual.

Confidencialidad. La información relacionada con los contratos estatales debe ser manejada de manera tal que haya un equilibrio entre la protección al derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la información -considerada de interés general- y los intereses comerciales de aquellos que participan en el procedimiento de contratación pública, para proteger todo dato empresarial o de otra índole que un oferente pueda llegar a incluir en su propuesta, siempre teniendo en mente que en caso de incompatibilidad entre estos dos derechos, debe prevalecer el derecho a la información por parte de los ciudadanos.



Eficiencia. Por tratarse de dineros públicos, la entidad contratante debe procurar hacer el mejor uso de ellos al adquirir los bienes o servicios que requiera el Estado; ello implica tratar de impulsar un proceso de selección que en el menor tiempo posible le permita conseguir la mejor de varias ofertas y tomar la que ofrezca una mejor propuesta en términos de calidad y costo.

Adicionalmente, cada vez con más frecuencia, la eficiencia no solo se traduce en “value for money” en la contratación sino que los sistemas de contratación han promovido nuevas metodologías de contratación que les permita ahorrar costos de transacción a través de uso de métodos de abastecimiento estratégico y de coordinación institucional como lo puede ser las técnicas de quick gains y de acuerdos/convenios marco.

Selección objetiva. La selección del contratista debe hacerse a partir de parámetros objetivos, sin permitir espacio a una evaluación con base en intereses individuales del funcionario contratante. De esta manera, la facultad de la administración contratante para elaborar unilateralmente los documentos del proceso debe estar inspirada por el cumplimiento de la finalidad de interés general perseguida con el contrato, lo que impide a la entidad contratante introducir en las bases de la contratación reglas que contraríen el principio de igualdad para beneficiar a determinado participante, lo cual sucede cuando se establecen condiciones que de antemano se sabe que sólo podría cumplir una persona natural o jurídica determinada, o bien que puedan calificarse como abusivas, desproporcionadas, generadoras de injustas ventajas o vejatorias en relación con algún proponente o grupo de ellos.

Libre competencia. Los procedimientos de la contratación pública están diseñados para generar el mayor nivel de competencia entre aquellos que están interesados y calificados para competir. Este carácter explica que en general los procesos tiendan a ser abiertos y que en ellos sean descritos con minucia los pasos para ofertar y contratar: la preparación de la invitación a ofrecer, la publicidad del proceso, la apertura de ofertas, los criterios que serán aplicados por la administración para examinar y evaluar las ofertas y la manera en que se



adjudicará y concluirá el contrato. Igualmente, deben señalarse taxativamente los casos en los cuales no se usará el proceso licitatorio y describir los métodos que serán usados para reemplazarlo.

Cumplimiento. Es importante que exista un sistema para responsabilizar a las entidades contratantes por sus acciones y para poder corregir o suspender los actos incorrectos o corruptos en que incurra. Igualmente, incluye la posibilidad de que los particulares puedan presentar quejas contra la administración, esto significa que debe haber alguna vía de recurso administrativo y judicial contra las decisiones de la autoridad que haya dirigido el procedimiento de selección, por tratarse justamente de actos dirigidos a los gobernados.

7.- Ámbito de aplicación de la Contratación Pública.

Existen distintos tipos de contratos en el ámbito de la administración pública. La doctrina los distingue entre aquellos que se regulan según el objeto de que tratan y aquellos en que el criterio de definición está dado por la naturaleza de la entidad pública que contrata.

Otros hacen la distinción entre contratos de atribución, en los cuales se “atribuyen” ventajas a los administrados y los de “colaboración” que son aquellos en los cuales el contratista se obliga frente al Estado a realizar una prestación que se relaciona directamente con el interés público, en los que lo esencial es la obligación que adquiere el particular.

Si bien los intentos de dar tipologías de contratos aportan bases metodológicas interesantes, cada país regula sus contratos con el Estado de forma diferente, haciendo que los criterios de distinción se diluyan o que la frontera divisoria entre una y otra sea comúnmente vulnerada generando híbridos o tipos sin clasificación expresa.

A continuación se hará una enumeración sucinta –no exhaustiva- de los tipos de contrato más comunes:



- 1) Empleo público;
- 2) Obra pública;
- 3) Concesión de obra pública;
- 4) Suministro;
- 5) Crédito o endeudamiento público;
- 6) Contratos para la prestación de servicios públicos domiciliarios;
- 7) Contratos de servicios profesionales y consultoría;
- 8) Contratos interadministrativos o de auxilio;
- 9) Contratos de colaboración o financiamiento con personas de derecho público internacional;
- 10) Contratos de desarrollo directo de los objetos de las empresas públicas;
- 11) Contratos relacionados con operaciones financieras;
- 12) Contratos para la gestión de servicios de transporte público;
- 13) Contratos para la explotación de bienes de dominio público;
- 14) Contratos de servicio de correo;
- 15) Contratos para la defensa y seguridad;
- 16) Contratos de depósitos de mercancías destinadas al abastecimiento nacional, etc.

De los enunciados, aunque contratos, no todos son objeto de la regulación propia de la contratación pública. Como regla general, los objetos contractuales comprendidos por las legislaciones son la adquisición de bienes, de servicios (que incluyen la consultoría) y la construcción de obras, aunque los dos últimos pueden en ocasiones aparecer regulados en normas especiales. Salvo los casos de Colombia cuyo Estatuto General de Contratación denomina estatal a cualquier acto jurídico generadores de obligaciones que celebre las entidades a que se refiere, y al de Panamá cuya nueva Ley 26 de 2006 contiene un amplio catálogo de posibles objetos contractuales, los demás países latinoamericanos limitan la contratación pública, a través de sus sistemas de derecho positivo, a las “Compras Públicas” y las “Adquisiciones”, de bienes, obras y servicios.



8.- Definición de Contrataciones Públicas

La doctrina del derecho comparado ha hecho esfuerzos por definir el concepto de Contratación Pública, los intentos empiezan por definiciones complejas y también ofrecen ideas más sencillas sobre el concepto. Se ha dicho que la Contratación Pública es la actividad en la que entidades estatales, adquieren o contratan bienes y servicios necesarios para proveer al público, y a las demás agencias gubernamentales, con bienes para la defensa, la salud pública, la infraestructura, los consultores públicos y otra serie de elementos necesarios para el cumplimiento de sus finalidades.

También se ha propuesto simplificar el concepto de contratación pública en otros términos: proceso a través del cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades públicas para adquirir bienes y servicios del sector privado.

No obstante la dificultad de definir de forma universal a la contratación pública, luego de haber analizado los objetos contractuales más comunes, ella se podría describirse así¹⁵:

“La actividad a través del cual los Estados y sus dependencias en los diferentes niveles de la administración, adquieren para sí o para el cumplimiento de actividades de interés público, través de procedimientos administrativos reglados, bienes, obras o servicios, con el ánimo de maximizar el poder de compra de sus presupuestos nacionales, en ambientes transparentes, de libre concurrencia, propiciando la equidad entre los proveedores y bajo el estricto cumplimiento de las normas de derecho público que inspiran sus regímenes de adquisiciones y del funcionamiento de la administración pública.”.

Con la anterior descripción no pretendemos negar la naturaleza contractual de otros acuerdos convencionales que realiza la administración pública, pero sí señalar que su ámbito de regulación no es el reservado para aquellos en los cuales prima la idea de aprovisionamiento de las entidades públicas, tal vez adecuadamente reflejada por el vocablo anglosajón de “procurement”.

15 SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo y LAGUADO GIRALDO, Roberto. Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina. Cepal. Chile, 2007. p. 20.

